

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE
ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá D.C., 22 de mayo de dos mil veinte (2020)

Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2017-00228-00

Demandante: Omaira Pulido Riveros¹

Demandado: Defensoría del Pueblo

Tema: Reintegro

Sentencia No.7

Agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación no siendo evidente alguna causal que pueda anular lo actuado, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el proceso de la referencia con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

PRETENSIONES

PRIMERA. Que se declare la nulidad de la Resolución 230 del 6 de febrero de 2017, mediante la cual se declara insubsistente el nombramiento de la demandante.

SEGUNDA PRINCIPAL. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Defensoría del Pueblo a:

- 1.- Reintegrar a la demandante a un cargo de igual o superior categoría al que venía ocupando de Secretario Ejecutivo, código 4010, grado 15.
- 2.- Pagar a favor de la demandante a título de perjuicios económicos los salarios y prestaciones sociales a partir de la fecha en que se hizo el retiro y hasta que se reintegre al servicio.
- 3.- Pagar a favor de la demandante, a título de perjuicios morales el valor equivalente a 100 salarios mínimos mensuales vigentes, por el sufrimiento, la angustia, la congoja y la tristeza que ha padecido la demandante con ocasión del derecho vulnerado.

DE MANERA SUBSIDIARIA. Ordenar a la entidad demandada:

- 1.- Reintegrar a la demandante a un cargo de igual o superior categoría al que venía ocupando de Secretario Ejecutivo, código 4010, grado 15.
- 2.- Cancele a la demandante la diferencia de salario entre el cargo de Secretario Ejecutivo, código 4010, grado 15 que ella ejercía en la Defensoría del Pueblo y lo que actualmente devenga como Auxiliar Administrativo, código 4210, grado 15, desde el 7 de febrero de 2017 y hasta la fecha de reintegro.
- 3.- Cancele la diferencia de las prestaciones sociales a partir de la fecha en que se hizo efectivo el retiro y hasta que se reintegre al servicio.

TERCERA. Condenar a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho.

¹ kikecelis64@gmail.com y juridica@defensoria.gov.co

CUARTA. Ordenar el cumplimiento de la sentencia de condena en los términos de los artículos 192 y siguientes del CPACA.

HECHOS DE LA DEMANDA

1.- La demandante fue asignada por el señor defensor del pueblo en el cargo de secretario ejecutivo, código 410 grado 15 perteneciente al nivel administrativo, adscrito al despacho del Vicedefensor del Pueblo de libre nombramiento y remoción según la resolución 1551 del 21 de septiembre de 2016.

2.- La demandante quien ostenta los derechos de carrera administrativa en el cargo de auxiliar administrativo código 4210 grado 15 solicitó a la señora Ministra de Relaciones Exteriores se le concediera comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción en la Defensoría del pueblo, la cual fue concedida por el termino de 3 años

3.- Durante el término en que la demandante se desempeñó en el empleo de la defensoría del pueblo no tuvo ninguna observación, cumpliendo el 100 % de las tareas asignadas obteniendo una excelente calificación de servicios

4.- Con ocasión a su insubsistencia solicitó al señor Defensor las razones de su decisión; la anterior solicitud fue contestada el 1 de junio de 2017 informando que la declaratoria de su insubsistencia no requería se motivada y dejar constancia escrita en la hoja de vida sobre las causas en que se fundamento en razón a que no se aplicable el decreto 2400 de 1968.

5.- El acto de insubsistencia es un acto de realización y venganza del Defensor contra la Dra. María Clara Jaramillo, razón por la que el acto no tiene relación alguna con las necesidades del servicio o con las expectativas de confianza que el cargo requiere. 6.- las funciones desempeñadas por la demandante en el tiempo desempeñado fueron: a) registrar y hacer seguimiento a la correspondencia interna y externa que ingresa a la vice defensoría, b) atender, registrar y transferir llamadas a la vice defensoría c) agendar, hacer seguimiento e informar a la vice defensoría los compromisos y reuniones que debía asistir d) apoyar a los asesores del despacho en actividades

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

1.er cargo falta de motivación. Señala que si bien el ejercicio de la potestad discrecional no requiere motivación del acto administrativo, en un estado social de derecho la autoridad administrativa debe obrar con transparencia y buena fe en sus decisiones encaminadas a la satisfacción del interés general. El artículo 26 del decreto 2400 de 1968 tiene el propósito de garantizar la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre los hechos, las causas y el ejercicio del poder discrecional para satisfacer el principio de legalidad y de presunción del acto que afecta a un funcionario. El artículo 44 de la ley 1437 hace énfasis de la proporcionalidad y razonabilidad entre los hechos y las causas que sirven de fundamento al ejercicio de la potestad discrecional

2do cargo desviación del poder. Considerando que el señor defensor del pueblo, al tiempo se recibió y tramitó la renuncia de la doctora Maria Clara Jaramillo, procedió a declarar insubsistente a la demandante. La demandante no había tenido ninguna observación o llamado de atención por pérdida de confianza. Las causas, motivos o justificaciones de la renuncia de la vice-defensora del pueblo presentados ante los medios de comunicación, muestran el deterioro en su relación personal y laboral. Producto de esta situación y como acto de venganza y retaliación, el defensor

del pueblo retiro del servicio a la demandante quien había sido recomendada por la doctora Maria Clara Jaramillo Jaramillo.

3.er cargo desmejoramiento del servicio. El servicio administrativo se desmejoró en la medida en que la persona a quien se le asignaban las funciones de secretaria ejecutivo que realizaba la demandante, estaba ejerciendo funciones en el despacho del defensor del pueblo. No existió previamente un examen de un candidato para reemplazar a la demandante sino que fue una decisión abrupta y sin análisis o razonamiento de buen servicio en razón a que no hubo observaciones respecto al cumplimiento de las tareas y funciones de la demandante, bien sea por parte del defensor del pueblo o por quien fungió como vice defensor encargado, en reemplazo de la doctora Maria Clara Jaramillo. Entre el 30 de enero de 2017 y el 6 de febrero de 2017 solo había transcurrido una semana, lapso en el que ni siguiera la demandante se entrevistó o tuvo contacto alguno con el defensor del pueblo ni con el vicedefensor encargado, mostrando con ello una decisión abrupta y sin justificación alguna, que no le permitió la selección de un candidato que superase en méritos a la demandante para nombrarla en su reemplazo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Frente al primer cargo precisa que el empleo desempeñado por la demandante fue clasificado como de libre nombramiento y remoción, cuya naturaleza supone la libre designación y remoción por parte del nominador en ejercicio de la facultad discrecional que le asiste.

Frente al segundo cargo señala que no se encuentra probado y no existen elementos de juicio que den lugar a su inferencia lógica. En tal sentido los argumentos esgrimidos por la demandante constituirían únicamente apreciaciones subjetivas sin sustento probatorio

Por último frente al tercer cargo señala que el retiro de la demandante no afectó el servicio por cuanto la entidad ha seguido cumplimiento con sus funciones.

Sobre la aplicación de la ley 909 señala que es de carácter supletivo, es decir en el evento en que no existan normas que regule el tema de manera especial. Sobre la calidad del cargo, pone de presente que es de libre nombramiento y remoción conforme con el artículo 15 del decreto 26 de 2014 por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de la defensoría del pueblo, en donde se indica que los empleos son de libre nombramiento y remoción cuando su ejercicio implica especial confianza, tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistencia o de apoyo y estén adscritos al servicio directo e inmediato de los despachos del defensor del pueblo y de vice defensor.

Sobre las características del cargo señala que el nominador cuenta con la facultad discrecional de vincular o desvincular a los funcionarios en términos de la sentencia SU 448 de 2011 la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraria la carta política pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador, por tal razón la finalidad que busca con dicha permisión es remover libremente a los funcionarios de libre nombramiento y remoción no es otra que garantizar la confianza, la confidencialidad, la seguridad, el conocimiento personal, la función de dirección, entre otros objetivos que supone el ejercicio de un cargo de este tipo consagrado expresamente por la constitución.

Frente al caso particular señala apartes de la sentencia del 2 de marzo de 2017 con ponencia del Consejero William Hernández Gómez expediente 3686-14 en donde en un caso similar al estudiado señaló: "En el presente caso a pesar de que no se acreditó la anotación en la hoja de vida de la demandante de los hechos que generan la declaratoria de insubsistencia en su

nombramiento en el cargo de asesora de la secretaria distrital de desarrollo económico, tal como lo ha señalado esta Corporación, esta omisión no afecta la validez del acto demandado por tratarse de un acto posterior que no hace parte del mismo... con respecto al argumento según el cual es nulo porque no se dejó constancia de los hechos y las causas que originaron la insubsistencia en la hoja de vida de la actora, la sala reitera que la exigencia en mención, puede ser cumplida en forma posterior a la expedición del acto de insubsistencia, y en consecuencia, es un requisito de índole formal sin la virtualidad de afectar su validez. De manera que la inobservancia en atender la norma, a lo sumo puede llegar a constituir falta disciplinaria para el funcionario que la omite pero dado que no ostenta carácter sustancial no tiene ninguna relevancia como para pretender que por esta circunstancia la decisión sea nula”

ALEGATOS CONCLUSIVOS

El demandante Reitera las pretensiones de la demanda por encontrarse inscrita en carrera y autorizada para ocupar el cargo de libre nombramiento y remoción por 3 años en el despacho del vice defensor fue retirada de manera intempestiva del servicio por el señor defensor del pueblo sin conocer las circunstancias o razones de su desvinculación.

Resalta que el acto de retiro fue expedido a menos de una semana de haberse aceptado la renuncia motivada a la vice-procuradora María Clara Jaramillo Jaramillo cuando aun no había quedado en firme la calificación satisfactoria de servicios de la demandante.

La única justificación de la defensoría es el ejercicio discrecional del nominador Carlos Alfonso Negret Mosquera de retirar del servicio a un funcionario de libre nombramiento y remoción mediante el acto de insubsistencia.

Señala que en el proceso se demostró que no existió ninguna solicitud del vice defensor encargado del 2 al 6 de febrero de 2017 doctor Jorge Enrique Calero Chacón y, tampoco él conoció de hecho o conducta alguna de la demandante durante el día y medio que la conoció, para ser merecedora de una pérdida de alta confianza.

En consecuencia con la expedición del acto administrativo demandado el defensor del pueblo incurrió en una violación de la ley de falta de motivación y desviación del poder, asunto que ha sido analizado en sentencias SU 259 de 1998 T.372 de 2012, SU448 de 2011, T.686 de 2014, sentencia del 26 de enero de 2017 sección segunda subsección B con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra dentro del proceso 73001233300020140028501, sentencia del 29 de febrero de 2016 de la subsección b con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve dentro del proceso 05001-23-33-000-2012-00285-01 y del 22 de noviembre de 2018 de la subsección A con ponencia del Dr. William Hernandez Gómez

Sobre el hecho de que la demandante es funcionaria de carrera en comisión para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, señala que esta situación esta prevista en el artículo 26 de la ley 909 de 2004 y si bien el término de la comisión de 3 años para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción, incluyendo su prorroga no constituye un derecho para la demandante, si es una expectativa seria y cierta para una madre cabeza de familia al mejorar sustancialmente sus ingresos. Estas circunstancias personales las refiere la Dra. Maria Clara Jaramillo quien afirma que son razones personales y de idoneidad de la funcionaria a quien conocía muy bien cuando aquella laboró como Directora de la Academia diplomática de San Carlos las que la motiva a pedirle al Defensor del pueblo la designe como secretaria de despacho de la Vicedefensoría con la seguridad de su profesionalismo, altas calidades de confianza y confiabilidad. Los testigos PILAR CRISTINA CASTELLANOS, JOSE MIGUEL **OLARTE** señalan que recibieron siempre un trato cordial y profesional de la demandante.

La calificación de servicios es un documento válido que evidencia un excelente desempeño de la demandante en cada uno de los factores, no obstante el defensor no tuvo en cuenta tal documento y sobre el argumento de que nunca se notificó a la subdirección de gestión del talento humano la concertación de objetivos que se hiciera con el superior, ni su evaluación pone de presente que existe un término de 10 días para notificar la calificación integral cuando el superior se desvincula de la entidad y 10 días adicionales para que quede en firme la evaluación los cuales vencieron el 28 de febrero del año 2017 Sobre la falta de motivación del acto. Señala que lo dispuesto en el artículo 24 del decreto 2400 de 1968 no tiene propósito distinto de garantizar la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre los hechos, las causas y el ejercicio del poder discrecional para satisfacer el principio de legalidad y de presunción frente al acto administrativo.

Sobre la desviación del poder indique que el defensor del pueblo al tiempo que recibió y tramitó la renuncia de la doctora Maria Clara Jaramillo Jaramillo, procedió a declarar insubsistente a la demandante, a pesar de que la demandante no había tenido ningún llamado de atención respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento. Por las circunstancias que rodearon la aceptación de la renuncia de la Dra. Maria Clara Jaramillo, se puede afirmar que hubo una relación causal de venganza y retaliación con la demandante

Alegatos de la demandada. El empleo que desempeñó la señora OMAIRA fue clasificado como de libre nombramiento y remoción, por lo cual per se supone que su vinculación y retiro obedece a la facultad discrecional del defensor del pueblo sin que de manera alguna resulte necesario motivar la decisión tal como lo establece el artículo 41 de la ley 909 de 2004.

Así pues, para la validez del acto no se requiere la motivación y resulta razonable que en aras del interés institucional el nominador en ejercicio de su facultad discrecional pueda retirar del servicio a funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo de trabajo.

Esta facultad implica cierto margen de libertad para decidir que funcionarios cumplen mejor los fines encomendados a su cargo y no es posible aplicar el artículo 26 del decreto 2400 de 1968 en razón a que esta norma esta dirigida a la rama ejecutiva, lo anterior, dado que la defensoría del pueblo hace parte del ministerio público y cuenta con un sistema especial de carrera administrativa.

En gracia de discusión sobre la aplicabilidad de la disposición, ésta norma no tiene la capacidad de afectar la validez del acto que se controvierte, pues así lo ha señalado el Consejo de estado en sentencia del 18 de marzo de 2010 dentro del proceso 25000-23-25-000-2004-04049-02 con ponencia del Dr. Alejandro Ordoñez en donde señala que la exigencia de la anotación puede ser cumplida en forma posterior a la expedición del acto de insubsistencia

Sobre la desviación del poder señala que la desvinculación de la demandante no fue un acto de venganza y retaliación contra la vice defensora del pueblo Maria Clara Jaramillo. Teniendo en cuenta que en el plenario solo se puede evidenciar que la decisión de insubsistencia se adoptó en el ejercicio de la facultad discrecional que le asiste al defensor del pueblo.

Sobre la afectación del servicio indica que las altas capacidades y logros académicos de la demandante no generan por si solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador. El buen desempeño durante el tiempo en que labora no genera para el empleado fuero de estabilidad, ni es obstáculo para que la administración ejercita la facultad que le ha sido asignada a la ley

IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Se pretende la nulidad del acto administrativo, contenido en la Resolución 230 del 6 de febrero de 2017 expedida por el Defensor del Pueblo, mediante el cual se declara insubsistente el nombramiento de la señora Omaira Pulido Riveros.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos en este asunto consisten en establecer i) si el acto administrativo demandado necesitaba ser motivado ii) si hubo desviación del poder y, iv) si no hubo mejoramiento del servicio. Para proceder a desarrollar los problemas jurídicos planteados explicaremos sobre la facultad discrecional en empleos de libre nombramiento y remoción, la falta de motivación, la desviación del poder y, finalmente el caso concreto.

FACULTAD DISCRECIONAL. EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN. LÍMITES CONSTITUCIONALES RACIONALIDAD, PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD.²

La Constitución Política de 1.991 en su artículo 125 dispone:

“Los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso de los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.”. (negrilla fuera de texto).

La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos, ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

Así las cosas, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que superar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

² Reiteración jurisprudencial Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B sentencia del 29 de febrero de 2016 radicación No. 05001233300020120028501(3685-13) Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión. En otras palabras, a juicio de la Sala es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

Bajo tal entendimiento, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y párrafo 2º, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

(...)

PARÁGRAFO 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.”.

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Por su parte, el artículo 44 del C.P.A.C.A. establece que, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser “adecuada” a los fines de la norma que la autoriza, y “proporcional” a los hechos que le sirven de causa; lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la “razonabilidad”.

Así las cosas, los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, de lo cual deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente

al acto que origina el despido⁵, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

El máximo órgano de lo Contencioso Administrativo ha analizado ampliamente la situación jurídica de funcionarios públicos vinculados en empleos de Libre Nombramiento y Remoción. Así, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en Sentencia del 11 de febrero de 2015, C.P., Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Rad. 05001-23-31-000-2002-00382-01(0193-12), dispuso:

*“De lo expuesto, atendiendo precisamente a la naturaleza del cargo de Jefe de Control Interno como aquellos de libre nombramiento y remoción, por la confianza que éste demanda, se tiene que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento es discrecional³, en tanto que puede dejarse sin efectos el nombramiento realizado, sin necesidad de motivar el acto de desvinculación, al presumirse que fue expedido en aras del buen servicio público, **presunción que es susceptible de ser desvirtuada en sede jurisdiccional, aduciendo y probando por el interesado, que el motivo determinante es diferente al buen servicio público**, como lo ha señalado la Sala:*

“...el acto de retiro del servicio de un empleado de libre nombramiento y remoción, expedido en ejercicio de la facultad discrecional, se presume encaminado al buen servicio público y se puede ejercer en cualquier momento sin necesidad de que se consignen las razones o motivos que determinan la decisión. Ello en razón a que por no estar escalafonada no puede reclamar que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra para los empleados de carrera.”⁴

Empero, se recuerda que tal presunción legal, desde luego, puede ser desvirtuada, aduciendo y demostrando en el proceso que no fueron razones del servicio o motivos de interés general, los que llevaron al nominador a declarar la insubsistencia del nombramiento.

Así pues, las afirmaciones que se hagan en la sustentación de este cargo deben cumplir con la carga de la prueba que le corresponde de conformidad con el artículo 177 del C.P.C., aplicable por expresa remisión del artículo 267 del Decreto 01 de 1984 y es por ello que a la parte actora le corresponde aportar las pruebas que lleven al juez a la certeza de que los motivos o fines que tuvo la administración son ajenos al interés público en que se funda la facultad que tiene la autoridad nominadora para separar del empleo a los funcionarios que no gozan de fuero de estabilidad.”

En una anterior oportunidad, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 11 de julio de 2013, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Rad. 13001-23-31-000-2006-00410-01 (2273-12), indicó:

“En tal virtud, el acto de insubsistencia no requería de motivación alguna para su validez y existencia, como lo afirmó el demandante, dado que la facultad discrecional deriva de una situación excepcional como son los cargos de libre nombramiento y remoción y por ello, el nominador no está en la obligación de motivar la decisión.

En conclusión, el acto que dispone la insubsistencia del nombramiento no requiere de motivación expresa, puesto que el nominador tiene la facultad discrecional de proveer los empleados de libre nombramiento y remoción, de tal suerte que el presunto desmejoramiento en el servicio causado con la declaratoria de insubsistencia, debe ser probado.

Sin embargo, no puede decirse que por el hecho de que la entidad demandada no motivó el acto administrativo, o haya nombrado al remplazo sin realizar un concurso de meritocracia, o quien fue

³ Ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1º de noviembre de 2007, Expediente No. 250002325000199902672 01 (4249-2004), Actora: Yolanda Teresa Gómez Fajardo, Consejero Ponente : Dr. Jesús María Lemos Bustamante y Sentencia de 13 de mayo de 2010, Radicación número: 15001-23-31-000-2001-01226-02(1293-08), Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez Actor: Oscar Julio Quintero Lizarazo.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Bogotá D.C., nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 25000-23-25-000-2001-10005-01(0389-09).

nombrado en su remplazo no tiene las calidades del demandante, tenga éste algún derecho de estabilidad generado por la Carrera Administrativa.”

Al tenor de lo analizado, los nominadores de los empleos de Libre Nombramiento y Remoción gozan de una amplia potestad para retirar del servicio a sus empleados, comoquiera que los actos administrativos de retiro no requieren motivarse, ejerciéndose la facultad discrecional en **aras del mejoramiento del servicio**.

Sin embargo, esta potestad no es absoluta, dado que el **retirado puede** demostrar que existió una falsa motivación o que el retiro no se inspiró en el interés general, y como consecuencia de ello, obtener la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado.

A contrario sensu, el Consejo de Estado ha determinado que cuando se trate de funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en empleos de Carrera Administrativa, el acto administrativo demandado debe ser motivado. Sobre este particular, en Sentencia del 23 de septiembre de 2015, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del Dr. Jorge Octavio Ramírez, Rad. 05-001-23-31-000-2002-02327-01 (3651-13), se afirmó que:

*A partir de la sentencia del 23 de septiembre de 2010⁵, el Consejo de Estado ha considerado que la motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, cuya desvinculación ocurra luego de entrada en **vigencia de la Ley 909 de 2004**, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de esta ley (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado⁶, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).*

De conformidad con las normas antes descritas y la jurisprudencia esbozada, cuando se trate de nombramientos en empleos de Libre Nombramiento y Remoción, el nominador tiene la potestad de disponer de ellos, dada la confianza que debe recaer en quien ejerza el cargo, sin que deba motivar el acto administrativo de retiro, toda vez que, como producto de su facultad discrecional, se entiende que el retiro se realiza en aras del mejoramiento del servicio y a fin de garantizar el interés público.

Falta de motivación

En el pasado se trató de dar a entender que las decisiones administrativas de carácter discrecional no tenían motivación alguna. *Contrario sensu*, la posición actual revaluada razonable y ampliamente por la doctrina y uniformemente por la jurisprudencia, señala que si bien los actos de carácter discrecional carecen de motivación expresa ello no implica que no la tenga, pues todo acto tiene una motivación, como lo es la buena prestación del servicio y su mejoramiento.

⁵ Sección Segunda, radicado interno 0883-2008, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Actor: María Stella Albornoz Miranda.

En similar sentido se pueden estudiar: sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, del 4 de agosto de 2010, radica do interno 0319-2008, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; así como sentencia de la Subsección B de la misma Sección, del 17 de febrero de 2011, radicado interno 0387-2008, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

⁶ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

Ahora bien, recientemente ha venido distinguiendo el Consejo de Estado entre los conceptos de falsa motivación y falta de motivación, fundamentando la diferencia así:

“La falta de motivación, entonces, es el presupuesto o una de las causas que dan lugar a la nulidad por expedición irregular del acto administrativo, que no a la nulidad por falsa motivación, como suele entenderse equivocadamente.

La falsa motivación es una causal independiente y autónoma, en la medida en que alude a los hechos del caso y a la prueba. En efecto, la falsa motivación se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa.

Por lo tanto, para que la pretensión de nulidad de un acto administrativo por falsa motivación prospere, se debe demostrar (I) que los hechos que la administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no se probaron en la actuación administrativa o (II) que la administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si se hubiesen considerado habrían modificado sustancialmente la decisión.

En conclusión, mientras la falta de motivación implica la ausencia de motivo, la falsa motivación parte del supuesto de que el acto administrativo sí se motivó, pero de manera falsa, engañosa o, simplemente, con fundamento en hechos no probados (Resalta el Despacho)”.⁷

Sobre la motivación del acto, independientemente de su falsedad o existencia, la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha señalado que:

*“... [L]a motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, **certeza de los hechos**, debida calificación jurídica y apreciación razonable. (...) A contrario sensu, si la declaración de voluntad, se fundamenta en hechos que no existieron, que fueron diferentes a como los presenta el sujeto titular del poder administrativo, el elemento causal del acto se encontrará viciado”*⁸.

De lo anterior se deduce que, el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, debe fundamentarse en razones ciertas y suficientes, que expliquen de manera expresa, clara, detallada y precisa las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide prescindir de los servicios del funcionario en provisionalidad. En consecuencia, no son válidas las justificaciones de carácter indefinido, general y abstracto, que no se desprenden directamente de la persona que se desvincula.

En lo relativo a la motivación de los actos en que se declara la insubsistencia de los empleados nombrados en provisionalidad en cargo de carrera, en las sentencias providencias SU-250 de 1998, SU- 917 de 2010, SU-556 de 2014 y SU-053 de 2015, la Corte Constitucional dijo que “... respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión” .

A continuación, a la luz del caso concreto, este Despacho verificará si el acto administrativo que resolvió declarar insubsistente el nombramiento de la señora OMAIRA PULIDO RIVEROS en el cargo de Secretario Ejecutivo, Código 4010, Grado 15, perteneciente al nivel administrativo, adscrito al Despacho del Vice Defensor del Pueblo, cumple con las exigencias antes anotadas.

Caso concreto declaratoria de insubsistencia

.- el cargo desempeñado y naturaleza jurídica. La demandante prestó sus servicios en la Defensoría del Pueblo en el cargo de secretario ejecutivo código 4010 grado 15 perteneciente al

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 29 de abril de 2015, Radicación número: 11001-03-15-000-2014-04126-00 (AC).

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección “A”. Sentencia del 1º de junio de 2006. Expediente: 0233-06.

nivel administrativo, adscrito al despacho del vicedefensor del 3 de octubre de 2016 al 7 de febrero de 2017. Cargo de libre nombramiento y remoción, hecho que se desprende del acto de nombramiento, de la resolución de insubsistencia y de la certificación suscrita por la subdirectora de gestión de talento humano el 30 de noviembre de 2017. Folio 5 y 102

No obstante, es dable anotar que no es objeto de discusión que el cargo desempeñado por la demandante es de libre nombramiento y remoción.

Para el análisis concreto del cargo de la demanda este Despacho se remite a los argumentos expuestos en el acto administrativo sujeto a control de legalidad, el cual obra en copia a folio 9 del Cuaderno 1, en el cual el Defensor del Pueblo, indicó lo siguiente:

“Artículo 1. Declarar insubsistente el nombramiento ordinario efectuado a la señora OMAIRA PULIDO RIVEROS, portadora de la cédula de ciudadanía No. 20.483.468 en el cargo de SECRETARIO EJECUTIVO, CÓDIGO 4010, GRADO 15, perteneciente al nivel administrativo, adscrito al Despacho del Vicedefensor del Pueblo, cargo este de libre nombramiento y remoción”

Como se observa, el acto administrativo demandado no fue motivado respecto a los supuestos de hecho y de derecho pues solo se plasmó que era un uso de sus atribuciones legales. En ese sentido al ser un cargo de libre nombramiento y remoción no debía contener una motivación expresa porque se presume fundamentado en el mejoramiento del servicio.

Para desvirtuar dicha presunción la parte demandante a quien corresponde allegar todos los elementos probatorios tendientes a acreditar que la medida adoptada no tuvo las finalidades anotadas, en términos del artículo 167 del C.G.P. según el cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen

Acorde con lo anterior en el plenario se aportaron las siguientes pruebas

Documentales. La señora Omaira fue calificada durante el periodo comprendido entre el 3 de octubre de 2016 hasta el 7 de febrero de 2017 por la Dra. María Calra Jaramillo obteniendo como resultado 1000 puntos la máxima calificación. Este acto fue notificado el 30 de enero de 2017 y comunicado a la Subdirectora de Gestión del Talento Humano el 20 de febrero de 2017.

Testimoniales.- Cada uno de los testigos se refiere a su situación personal de retiro y más allá de indicar que la demandante laboró 5 meses y que fue declarada insubsistente no se evidencia que haya existido una conducta del Defensor del Pueblo con efectos de satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o el propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia, máxime cuando todos los testigos concuerdan que otrora existían tres secretarías para la Defensoría y la Vice Defensoría y que en la actualidad una de las dos que tenía el Defensor pasó a desempeñar las funciones del cargo que ocupaba la señora Omaira Pulido Riveros, así:

“Pilar Cristina Castellanos: Juez: Cuénteme usted se desvinculó en febrero del 2017 de la Defensoría, sabe si en el cargo que ocupaba Omaira Pulido fue nombrada otra persona. **Testigo:** No, Omaira se fue, a Omaira la declararon insubsistente como a la semana siguiente que la Dra. María Clara se fue, eso sería como en la primera semana de febrero y ahí pusieron, yo me fui el 12 de febrero, bueno antecitos del 12 porque el 12 era como un domingo, y pusieron una Secretaria del Defensor del Pueblo, él tenía dos secretarías una se llamaba Claudia y la otra se llamaba Luz Mila Guamán y de esas dos secretarías pasaron a Luz Mila al puesto de Omaira que ocupaba Omaira y ya, yo después me fui y no sé. **Juez:** o sea que el nuevo Defensor tenía dos secretarías. **Testigo:** Tenía dos secretarías. **Juez:** Y nombró a una de las secretarías en el cargo que desempeñaba Omaira. **Testigo:** Pues no sé si la nombró pero si Luz Mila paso del puesto donde, porque era acá una entrada y acá está el despacho del Defensor y acá el despacho de la Vice Defensora, acá era el puesto de las secretarías que estaba Claudia y Luz Mila, y a este lado estaba el puestecito de Omaira y ahí yo no sé si la nombro o no pero si

de ahí en adelante o sea desde que se fue Omaira paso a ese puesto Luz Mila pasó; pero no sé si la nombró o no la nombró”.

“**María Clara Jaramillo:** Juez: Usted sabe la razón por la cual declararon insubsistente a la Sra. Omaira Pulido. Testigo: No Sra. No tengo idea no sé porque”.

“**José Miguel Olarte AD:** conoció a la persona que reemplazó a la Señora Omaira en el escritorio que ella venía ejerciendo sus funciones. Testigo: cuando nosotros ingresamos habían dos Secretarias del Defensor y una de ellas asumió el cargo de la doctora Omaira. Juez: o sea que se quedó la Defensoría con una Secretaria y la Vice con otra Secretaria. Testigo: correcto. Juez: recuerda el nombre de la Secretaria que la reemplazó. Testigo: no, creo que era Luz, yo le decía Luz. Juez: es decir cuando usted ingresó a la D había tres secretarias. Testigo: había 3 secretarias correcto. Juez: y cuando se desvinculó a la señora Omaira Pulido se quedó una Secretaria para el D y otra secretaria para el Vice Defensor. Testigo: correcto, no cuando yo entré habían, porque yo entré en la misma época que Omaira, habían 3 secretarias y llegó Omaira y reemplazó una que estaba ahí, digamos que no sé qué pasó con ella, no sé si se pensionó o se fue para otro cargo (...) pero entonces quedaron tres con Omaira en ese momento y cuando sí, cuando yo me retiré o cuando se retiró Omaira, porque yo me retiré posteriormente, quedaron solo 2 Secretarias, una para el Defensor y otra para el Vice Defensor”.

“Ana María Jiménez Triana. **AD:** conoce usted los motivos o razones que pudo haber tenido el doctor Jorge Enrique Calero Chacón como Vice Defensora del Pueblo para prescindir de los servicios de la Secretaria Omaira Pulido, además que era su jefe. Testigo: los desconozco”.

“Jorge Enrique Calero **AD:** solicitó usted al Defensor del Pueblo el retiro del servicio de la demandante mediante una insubsistencia, en caso afirmativo cuáles fueron las razones para que la declararan insubsistente. Testigo: en ningún momento, elevé tal solicitud entiendo que es la facultad discrecional del señor Defensor del Pueblo, pero por parte del Vice Defensoría no hubo ninguna petición al respecto. **AD:** quedó alguna constancia escrita de las razones o circunstancias del retiro de la demandante en su hoja de vida, en caso afirmativo digo todo lo que le conste al respecto. Testigo: No, no me consta nada al respecto, mi doctor. **AD:** doctor Calero usted afirmó en su declaración que no se afectó el servicio de las funciones de Secretaria, infórmele al despacho quién reemplazó el cargo de la señora Omaira Pulido, si la conocía y esa persona de dónde venía. Testigo: no, el cargo de Omaira Pulido sigue vacante, no ha sido reemplazado, están las dos Secretarias que están inscritas al despacho, que hacen parte pues de la oficina y sirven a las dos dependencias de la manera más eficiente y eficaz en el desarrollo de las funciones de estas dos Secretarias. **AD:** doctor Calero, cuándo usted se refiere al despacho podría precisarle al despacho en esta declaración si se refiere al despacho del señor Defensor del Pueblo, tiene dos Secretarias o, al despacho de la Vice Defensora de la Defensoría del Pueblo. Testigo: no, estoy haciendo referencia a dos Secretarias que sirven a los dos despachos del Defensor y del Vice Defensor, pero una de ellas particularmente atiende los asuntos del Vice Defensor y se equilibran las tareas entre una y otra, una es específicamente Secretaria del señor Defensor, otra está ahí al lado sirviendo a la Vice Defensoría del Pueblo, pero ambas en asocio apoyan al despacho del Defensor y al despacho del Vice Defensor con tareas puntuales, pero no excluyentes”.

En el expediente no obra prueba alguna tendiente a desvirtuar los motivos que inspiraron la declaratoria de insubsistencia, es decir, el demandante no demostró que, con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y que, por tal razón, se apartó del buen servicio.

Sobre la necesidad de desvirtuar la presunción de legalidad del acto discrecional de retiro por declaratoria de insubsistencia en empleos de libre nombramiento y remoción, el Consejo de Estado ha considerado⁹

“Así, se deben concretar y probar los motivos distintos a la buena marcha de la administración que determinan la expedición del acto de insubsistencia; de lo contrario, se llegaría al extremo de juzgar con base en meras apreciaciones subjetivas, lo cual no es posible, toda vez que por

⁹ Expediente No. 050012331000200500750 01.-, No. Interno: 1275-2012.- Actor: Luz Enetd Gómez Posada Vs E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Valdivia – Antioquia., M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

disposición legal, toda decisión judicial debe estar fundada en la prueba regular y oportunamente allegada al proceso.

La apreciación de los medios de prueba exige que el juzgador pueda lograr un nivel de convicción sobre la desviación de poder, de manera que el juicio de probabilidad que construya permita arribar a conclusiones razonables. Estas, desde luego, requieren que dicho juicio de probabilidad se funde en elementos fácticos de los cuales se pueda inferir que la administración se desvió de los propósitos que planteó la ley, cuando confirió a la autoridad el ejercicio de la facultad discrecional.

Conforme con el material probatorio citado, se observa que la demandante cumplió a cabalidad sus funciones como secretaria, de hecho, la calificación satisfactoria del servicio da fe de la buena prestación y todos los testimonios son afines en señalar el buen ejercicio de las funciones asignadas. Sin embargo, estos hechos no prueban el desmejoramiento del servicio con ocasión al retiro de la demandante y no se alcanza a vislumbrar que con su insubsistencia se haya ocultado fines distintos al buen servicio.

El correcto desempeño de las funciones encomendadas no le da al servidor de libre nombramiento y remoción un fuero de estabilidad, pues estas altas calidades son exigibles para cualquier persona que preste un servicio público, así las cosas, el hecho de que la demandante hubiera cumplido a cabalidad con sus funciones no demuestran que las personas encargadas en reemplazo suyo para ejercer las funciones del cargo no lo hayan cumplido, tampoco se demuestran las relaciones de confianza con el nominador cuestión que resulta esencial para el buen desempeño y manejo de la administración pública

Así las cosas, no figura dentro del acervo probatorio medio de convicción alguno que permita evidenciar que el nominador incurrió en desviación de poder al declarar insubsistente el nombramiento de la señora OMAIRA PULIDO RIVEROS y, mucho menos, que en su reemplazo hubiera sido designada una persona sin el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del referido empleo.

COSTAS:

El Consejo de Estado¹⁰ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (Regla nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”>>¹¹”

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, en tanto no se han comprobado las mismas en esta instancia procesal y, por cuanto su actividad se ciñó a los principios de lealtad y buena fé procesal.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta con ponencia del Consejero OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, sentencia del seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), Radicación No. (20486), Actor Diego Javier Jiménez Giraldo Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

¹¹ Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nro. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ – SECCIÓN SEGUNDA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva

SEGUNDO. - No condenar en costas, conforme a lo expuesto en precedencia.

TERCERO. - Una vez en firme esta sentencia, archívese las diligencias previo registro por el sistema siglo XXI

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez